INFORME SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CON REFERENCIA A LA RESERVA PROFESIONAL EN MATERIA DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD DE LAS OBRAS DE REHABILITACIÓN DE UN MUSEO DE ARTE

Expediente: UM/036/22

PLENO

Presidenta
Dª. Cani Fernández Vicién

Vicepresidente
D. Ángel Torres Torres

Consejeros
Dª María Ortiz Aguilar
D. Mariano Bacigalupo Saggese
Dª María Pilar Canedo Arrillaga
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai
Dª Pilar Sánchez Núñez
D. Carlos Aguilar Paredes
D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo
D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Barcelona, a 26 de abril de 2022

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 07 de abril de 2022 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se plantea, por parte de un Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Industriales reclamación al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de mercado (LGUM) contra la reserva profesional favorable a los arquitectos y arquitectos técnicos establecida en unos pliegos administrativos relativos a obras de reforma de un museo de arte.

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 26 de la LGUM.

II. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

Es objeto de reclamación la reserva profesional exclusiva establecida a favor de arquitectos y arquitectos técnicos para desempeñar la función de coordinador de seguridad y salud, tanto en el apartado I del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) como en el apartado I de la Hoja Resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación por parte del Ayuntamiento de Santander del contrato de asistencia técnica para la ejecución de los trabajos de dirección, dirección de ejecución facultativa y coordinación de seguridad y salud de las obras de rehabilitación del Museo de Arte de Santander (expediente 43/22)[1]:

> *Lote 3: La **Coordinación en materia de seguridad** en fase de ejecución estará encomendada a Titulado habilitado (según Disposición adicional cuarta de la L.O.E.), **arquitecto o arquitecto técnico/aparejador, que realizará las funciones específicas de Coordinación de Seguridad y Salud y Coordinación** de Actividades Empresariales conforme al R.D. 1627/97, Ley 31/1995 y resto de disposiciones en materia de Prevención de Riesgos Laborales.*

El reclamante considera que la exclusión de los ingenieros técnicos industriales de la redacción de este tipo de estudios resulta contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM, no estimando aplicable la reciente doctrina del Tribunal Supremo a favor de arquitectos y arquitectos técnicos en materia de Inspecciones Técnicas de Edificaciones (ITEs) y la expedición de certificados técnicos para obtener licencias de segunda ocupación de viviendas.

III. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE SERVICIOS TÉCNICOS EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

El apartado b) del Anexo de la LGUM define las actividades económicas como: "*b) Actividad económica: cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios".*

[1] https://contratacion.santander.es/licitacion/licitaciones/detalle?id=339749.

La actividad ahora analizada, esto es, la prestación de servicios técnicos está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, tal y como dispone el artículo 2[2] y ha confirmado la Audiencia Nacional en numerosas sentencias[3].

IV. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LGUM

En materia de acceso y ejercicio a las actividades económicas, el artículo 16 de la LGUM parte de un principio general de libre iniciativa económica: "*El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales*".

Así pues, la libre iniciativa económica, que supone el libre acceso y ejercicio de la actividad, solo podrá limitarse, de forma excepcional, cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, y cuando la limitación sea adecuada a dicha razón de interés general y sea asimismo la menos restrictiva posible, según el artículo 5 de la LGUM:

> *1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio .*
>
> *2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.*

Las razones imperiosas de interés general están previstas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en los siguientes términos: "*«Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del*

[2] *"Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional."*

[3] Por todas, sentencia de 21 de octubre de 2020 (Rec. 6/2018).

equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural".

Finalmente, a tenor del artículo 9 de la Ley las autoridades competentes deberán garantizar que respetan los principios de la LGUM en todas sus actuaciones:

> *1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.*
>
> *2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:*
>
> *a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella.*
>
> *b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.*

Por lo que se refiere a la reclamación objeto del presente informe, la misma se centra en la reserva profesional exclusiva establecida a favor de arquitectos y arquitectos técnicos para desempeñar la función de coordinador de seguridad y salud, tanto en el apartado I del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) como en el apartado I de la Hoja Resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación por parte del Ayuntamiento de Santander del contrato de asistencia técnica para la ejecución de los trabajos de dirección, dirección de ejecución facultativa y coordinación de seguridad y salud de las obras de rehabilitación del Museo de Arte de Santander (expediente 43/22)[4]:

Tanto el estudio de seguridad y salud al que se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1627/1997, como el estudio básico de seguridad y salud al que se refiere

[4] https://contratacion.santander.es/licitacion/licitaciones/detalle?id=339749.

el artículo 6 de la misma norma, se limitan a indicar que su elaboración corresponde a un "*técnico competente*", designado por el promotor y que cuando deba existir un coordinador en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra, le corresponderá a éste elaborar o hacer que se elabore, bajo su responsabilidad, dicho estudio.

Respecto al principio general de "libertad con idoneidad" del profesional técnico interviniente, ha de indicarse que este principio preside la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de competencias técnicas, y, además, ha sido confirmado en diversas sentencias[5].

En este sentido, es cierto que tanto la CNMC como la SECUM en diversos informes, habían venido rechazando la existencia de reserva profesional a favor de arquitectos en lo que se refiere a la redacción de estudios de seguridad y salud, siendo uno de los informes favorables el Informe UM/032/21 de 19 de mayo de 2021[6].

Sin embargo, con posterioridad al Informe UM/032/21 de 19 de mayo de 2021[7] aprobado por esta Comisión, el Tribunal Supremo, entre los meses de diciembre de 2021 y marzo de 2022, ha dictado cuatro sentencias sentando doctrina que establece una reserva profesional a favor de los arquitectos y arquitectos técnicos con relación a la redacción y expedición de proyectos y certificados técnicos referidos a edificaciones residenciales (viviendas) y usos asimilados al residencial (administrativo, sanitario, religioso, docente y cultural).

Dicha reserva, según las sentencias mencionadas, está basada en los artículos 2 y 10 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y en la existencia de una razón imperiosa de interés general de protección de la seguridad de las personas del artículo 3.11 de la Ley 17/2009 en relación con el artículo 5 LGUM.

Así, en materia de certificaciones técnicas, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo dictó una primera sentencia de 13 de diciembre de 2021 (RCA 4486/2019)[8], que fija una reserva profesional a favor de

[5] Por todas, la sentencia de 22 de diciembre de 2016 (recurso 177/2013)

[6] https://www.cnmc.es/node/388586.

[7] https://www.cnmc.es/node/388586.

[8] En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de diciembre de 2021 (RCA 4580/2020).

los profesionales de la arquitectura y arquitectura técnica para expedir certificados para la obtención de licencias de segunda ocupación de viviendas.

Según el Tribunal Supremo, numerosas disposiciones prevén el ejercicio de una potestad administrativa de intervención en materia de certificaciones técnicas, que en muchas ocasiones requiere la colaboración técnica de ciertos profesionales, que actúan como expertos cualificados que posibilitan el ejercicio de la potestad administrativa. En algunos casos, la norma reserva la ejecución de dichas actividades a unos profesionales con una titulación determinada -arquitectos-, como es el caso de los supuestos previstos en los artículos 10.2.a), 12.3.a) y 13.2.a) de la Ley de Ordenación de la Edificación. En otras ocasiones, la norma prevé que su ejercicio le corresponda a los "facultativos competentes", esto es, a aquellos que por razón de su preparación y competencia tengan los conocimientos y la cualificación técnica necesaria para desarrollar dicha actividad de forma fiable.

Tal y como señala el Tribunal Supremo en el FJ 2º de la citada sentencia, "*es la norma la que restringe el ejercicio de una actividad a determinados profesionales, limitando en consecuencia el libre ejercicio de dicha prestación a otros colectivos. Tales restricciones, desde la perspectiva contemplada en el art. 5 de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado, están justificadas por razones imperiosas de interés general. Cuando la intervención administrativa trata de verificar que el inmueble cumple las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad necesarias para ser destinado al uso previsto, la reserva del ejercicio de ciertas actividades en favor de unos profesionales concretos por razón de su preparación y cualificación está justificada por razones de seguridad pública y salud pública de los consumidores y de los destinatarios de servicios, en los términos previstos en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y en el art. 17 de 20/2013 de garantía de unidad de mercado.*

Los posteriores actos administrativos, que en cumplimiento de estas previsiones requieren la intervención del profesional competente, no están obligados a motivar las razones de interés general, necesidad y proporcionalidad de dicha exigencia. La norma que estableció la necesaria intervención administrativa y la reserva de una actividad a unos titulados ya ponderó tales razones de interés general y la proporcionalidad de su implantación."

La línea jurisprudencial iniciada por la sentencia de 13 de diciembre de 2021 (RCA 4486/2019) ha sido confirmada en la posterior sentencia número 31/2022 de 18 de enero de 2022 (RCA 3674/2019), dictada en materia de informes de

evaluación de edificios de uso residencial[9] así como en las dos sentencias más recientes núm.324/2022 (RC 2470/2019) y núm. 317/2022 (RC 1082/2021), ambas de 14 de marzo de 2022.

En el caso de la reclamación a la que se alude en el presente informe, el estudio de seguridad y salud se refiere a un proyecto de reforma o rehabilitación de un museo de arte calificado expresamente como de Bien de Interés Cultural (BIC) en el apartado II del PPT. Se trata, por tanto, de actuaciones de carácter técnico en una edificación cuyo uso está asimilado al residencial (uso cultural), que, según lo dispuesto en los artículos 2 y 10 de la Ley de Ordenación de la Edificación, correspondería a los arquitectos y a los arquitectos técnicos. Incluso, el artículo 2.2.c) LOE les atribuye en exclusiva las intervenciones, rehabilitaciones o reformas totales en edificaciones que, como en este supuesto, estén catalogadas o tengan la consideración de edificaciones del patrimonio histórico-artístico.

Y en la disposición adicional cuarta de la LOE, referente a la figura del coordinador de seguridad y salud, se dice que:

> *Las **titulaciones académicas y profesionales** habilitantes para desempeñar la función de **coordinador de seguridad y salud** en obras de edificación, durante la elaboración del proyecto y la ejecución de la obra, **serán las de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico**, **de acuerdo con sus competencias y especialidades.***

Ello no impide que en otras obras de carácter no residencial o no asimilado a residencial (administrativo, sanitario, religioso, docente y cultural) el Estudio de Seguridad y Salud pueda redactarse por un profesional técnico con otra titulación, quien también podría desempeñar las funciones de coordinador de seguridad y salud. Así, se desprende del Fundamento Tercero de Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm.438/2019 de 13 de septiembre de 2019 (recurso 4112/2018):

> *Quiere ello decir que cuando la ley establece que en los proyectos y en la dirección de un tipo de obra determinado solo puede intervenir en determinado técnico (como es el caso de una vivienda urbana y los demás casos del artículo del artículo 2.1 a) de la LOE), la competencia para el desempeño de la función de coordinador de seguridad y salud se encuentra igualmente acotada y restringida a esas titulaciones, y solo respecto de las obras en que la ley no establece una específica atribución competencial, sino que la atribuye con*

[9] Véanse Fundamentos Jurídicos 4º y 5º.

carácter indistinto, es admisible ese margen de discrecionalidad invocado por la Administración en la resolución recurrida.

Las anteriores conclusiones se incluyeron en nuestro anterior Informe UM/020/22 de 15 de marzo de 2022[10].

V. CONCLUSIONES

1) La exclusión de los titulados en ingeniería técnica industrial de la competencia para redactar Estudios de Seguridad y Salud y para actuar como Coordinadores de Seguridad y Salud en un proyecto de rehabilitación de un museo de arte constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la LGUM.

2) Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en sus recientes Sentencias de 13 de diciembre de 2021 (RCA 4486/2019), 18 de enero de 2022 (RCA 3674/2019), así como en las dos recientes núm.324/2022 (RC 2470/2019) y núm. 317/2022 (RC 1082/2021), ambas de 14 de marzo de 2022 y se indicó en nuestro anterior Informe UM/020/22 de 15 de marzo de 2022, dicha restricción estaría fundada en razones imperiosas de interés general de protección de la seguridad y salud de las personas, al vincularse a la competencia técnica para valorar las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad de una de las edificaciones asimiladas a al uso residencial (equipamiento cultural, museo de arte) previstas en el artículo 2.1.a) de la LOE, todo ello en relación con el principio de especialidad competencial previsto para el coordinador de seguridad y salud en la disposición adicional cuarta de la propia LOE. Asimismo, al tratarse de una edificación catalogada como BIC (Bien de Interés Cultural), una intervención o reforma total del mismo también entraría dentro de la reserva profesional de los arquitectos (art.2.2.c) LOE).

[10] https://www.cnmc.es/expedientes/um02022.